Über Gefälligkeitsverträge.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Heinz Wallraven

aus Wattenscheid.

Marburg 1934.

R. Friedrich's Universitäts-Buchdruckerei (Inhaber Karl Gleiser), Marburg-Lahn.

Von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät als Dissertation angenommen am 12. Dezember 1930.

Berichterstatter: Professor Dr. Erich Jung.

Inhaltsübersicht.

Literaturverzeichnis.

I. Lehrbücher und Kommentare.

Cosack, Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 4. Aufl. Jena 1903.

Cosack-Mitteis, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 7. u. 8. Aufl. Jena 1924/27.

Crome, System des Bürgerlichen Rechts. Tübingen 1902.

Dernburg, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, 3. u. 4. Aufl. Halle.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 8. u. 9. Aufl. Berlin 1905.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, Teil 2. 28. u. 30. Aufl. Marburg 1928.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. I, 2. Aufl. Berlin 1903. Bd. II. Berlin 1912.

Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II. Teil 1. Berlin 1906.

Krückmann, Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuches, 3. Aufl. Leipzig 1901.

Kommentar der Reichsgerichtsräte. Das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. I—III, 6. Aufl. Berlin 1928.

Lehmann, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 3. Aufl. Berlin 1928.

Loewenwarter, Lehrkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, 2. Aufl. Berlin 1926.

Motive zu dem Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich.

Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Allg. Teil, 3. Aufl. Berlin 1927.

Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, 3. u. 4. Aufl. Berlin 1910.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. u. 4. Aufl. Berlin.

Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch, 3. Aufl. Berlin 1926.

Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Berlin 1897.

v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I—III, 4., 7., 8., u. 9. Aufl. Berlin—München.

Warneyer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I. Tübingen 1923.

II. Einzelschriften und Abhandlungen.

Arndt, Rechtsprobleme der Kraftfahrzeug-Gefälligkeitsfahrt. (In Juristische Wochenschrift, 58. Jahrg., Heft 14).

Behrend, Haftung für Gefälligkeitshandlungen. (Das Recht, 23. Jahrg. Nr. 15/16).

v. Blume, Das Reichsgericht und die Gefälligkeitsverträge. (Das Recht, 12. Jahrg. Nr. 18).

Danz, Rechtsprechung nach der Volksanschauung und nach dem Gesetz. (Iherings Jahrbücher Bd. 54, Seite 1 ff.).
Danz, Laienverstand und Rechtsprechung. (Iherings Jahrbücher Bd. 38, Seite 373 ff.).
Danz, Zum vertragsmäßigen Ausschluß der Haftung. (Deutsche Juristenzeitung, 10. Jahrg., Nr. 8).
Flad, Handeln auf eigene Gefahr. (Das Recht, 23. Jahrg., Nr. 1/2).
Geigel, Schadensersatzansprüche aus Gefälligkeiten. (Seuffert's Blätter für Rechtsanwendung, Bd. 77, Seite 37 f.).
Hartmann, Gefälligkeiten. (Der junge Rechtsgelehrte, 2. Jahrg., Nr. 6).
Hellwig, Gesetzeskonkurrenz und Tierhaftung. (Deutsche Juristen-Zeitung 1906, Nr. 23).
Höniger, Vorstudien zum Problem der gemischten Verträge. Dissert. Freiburg 1906.
Höniger, Untersuchungen zum Problem der gemischten Verträge, Bd. I: Die gemischten Verträge in ihren Grundformen. Mannheim 1910.
Jung, Einteilung der Schuldverhältnisse. (Iherings Jahrbücher, Bd. 69, Seite 30 ff.).
Jung, Der Ausschluß der Tierhalterhaftung in Vertragsverhältnissen. (Archiv f. Ziv. Praxis, Bd. 117, Seite 46 ff.).
Krückmann, Gefälligkeitsverträge. (Seuffert's Blätter für Rechtsanwendung, 74. Jahrg., Nr. 4/5).
Krückmann, Verschuldensabrechnung und Gefährdungsaufrechnung. Ein Beitrag zur zivilrechtlichen Gesetzeskonkurrenz. (Iherings Jahrbücher, Bd. 52, Seite 428 ff.).
Krückmann, Der Umfang der Gefährdungsaufrechnung. (Iherings Jahrbücher, Bd. 54, 2. Folge 1909.
Kuhlenbeck, Der Leihvertrag. (Juristische Wochenschrift, 33. Jahrg., Nr. 29—30).
Kuhlenbeck, Der Auftrag. (Juristische Wochenschrift, 37. Jahrg., Nr. 21).
Lenel, Parteiabsicht und Rechtserfolg. (Iherings Jahrbücher, Band 19).
Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft. 1907.
Oberlandesgericht Naumburg, Haftung des Kraftwagenführers für Verschulden bei einer Gefälligkeitsfahrt. (Naumburger Kammerzeitung, Jahrg. 1930, Nr. 2).
Rathey, Gefälligkeitsverträge und Tierhalterhaftung. Dissert. Breslau 1915.
Regelsberger, Vertrag mit zusammengesetztem Inhalt oder Mehrheit von Verträgen. (Iherings Jahrbücher, Bd. 48, Seite 453 ff.).
Reichsgericht, Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Riezler, Venire contra factum proprium. Leipzig 1912.
Roth, Rechtsverpflichtungen aus der Inanspruchnahme eines Gefälligkeitsaktes (Leipziger Zeitschrift, 5. Jahrg., Nr. 5).
v. Schey, Die Obligationsverhältnisse des österreichischen allgemeinen Privatrechts Bd. I, Heft 2. Wien 1895.
Schneider, Treu und Glauben im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches. (Deutsche Juristen-Zeitung 1903, Nr. 10).
Sugg, Gefälligkeitsverträge. Dissert. Breslau 1914.
Zabel, Der Leihvertrag. Dissert. Heidelberg.

Mit einem Freunde mache ich eine Autofahrt. Ich lade einen Bekannten zum Abendessen ein; ich gebe einem Nachbarn mein Opernglas; ich bitte einen Bekannten, mir eine Postkarte zur Post zu tragen. Alles das sind Gefälligkeiten des täglichen Lebens, deren Zahl beliebig vermehrt werden kann. Unzählige Beziehungen dieser Art ergeben sich in dem tatsächlichen Verkehr der Menschen untereinander. Diese sich aus Gefälligkeit ergebenden Beziehungen sind in der juristischen Literatur bekannt unter dem Namen „Gefälligkeitsverträge". Ist Gefälligkeitsvertrag nicht ein Widerspruch in sich? Kann die Gefälligkeit einen Rechtszwang, eine vertragliche Bindung und Verpflichtung ertragen?

Die Ansichten sind geteilt. Anschließend an ein Urteil des Reichsgerichts (RGE. Bd. 54, S. 73) erhob sich der Streit, der viele Auslassungen sowohl über die rechtliche Natur der Gefälligkeitsvereinbarungen als auch über die Haftung aus ihnen veranlaßte. Aber alle diese Ausführungen haben nicht dazu geführt, eine überwiegende Ansicht in Bezug auf das durch die Gefälligkeit hervorgerufene Gebilde herauszuschälen oder die Frage der Haftung daraus festzulegen. Wir stehen heute den entgegengesetztesten Meinungen gegenüber. Von einer herrschenden Meinung in der Wissenschaft kann keine Rede sein. Zudem ist diese Frage in den meisten Lehrbüchern und Kommentaren garnicht oder nur nebensächlich behandelt. Und doch nehmen die durch Gefälligkeit hervorgerufenen Beziehungen einen breiten Raum ein und dürfen nicht übersehen werden.

I. Scheidung zwischen der Gefälligkeit als Beweggrund und dem Gefälligkeitserweis.

Wir sitzen in der Bahn und möchten schlafen. Wir bitten einen Mitreisenden, uns kurz vor dem Bestimmungsort zu wecken. Der Mitreisende sagt zu und erweist uns die erbetene Gefälligkeit. Wir sagen: „Er hat uns eine Gefälligkeit erwiesen", und bezeichnen damit

die Handlung als Gefälligkeit. Streng genommen ist nicht die Handlung eine Gefälligkeit, sondern sie wurde aus Gefälligkeit erwiesen. Die Gefälligkeit ist der Beweggrund für die erwiesene Handlung.

Wir bitten einen Nachbarn, da wir kränklich sind und der Ruhe bedürfen, während der Nachmittagsstunden das Klavierspielen zu unterlassen. Er sagt aus Gefälligkeit zu. Die Gefälligkeit ist der Beweggrund für das Unterlassen. Unter den Begriff des Unterlassens fällt auch das Dulden; denn Dulden ist Unterlassen eines Widerspruchs, zu dem man befugt wäre. Festzuhalten ist, daß aus Gefälligkeit sich ein Tun oder Unterlassen ergeben kann. Der Kürze wegen wollen wir, um das Tun und Unterlassen in einen Ausdruck zu fassen, der alles in sich schließt, im Folgenden kurz von einem Gefälligkeitserweis reden. Der Gefälligkeitserweis ist das auf Gefälligkeit beruhende Verhalten.

Nicht der Erweis ist Gefälligkeit, sondern er wird aus Gefälligkeit erwiesen, die Gefälligkeit ist der Beweggrund für den Erweis. Da nur das offensichtliche, der Erweis, bewertet wird, — wie auch bei der Willenserklärung das Erklärte, nicht der innere Wille seine Bewertung findet — so müssen innere Erwägungen, Berechnungen, Gesinnung unberücksichtigt bleiben, weil sie sich nicht feststellen lassen. Das Moment der Selbstlosigkeit — wie Sugg (S. 2) es anführt — muß außer Betracht bleiben; denn eine Gefälligkeit wird meist nicht aus Selbstlosigkeit erwiesen.

Als Beweggrund ist die Gefälligkeit nicht geeignet, einen besonderen Vertragstyp zu bilden; denn die Gefälligkeit als Beweggrund ist bedeutsam nur für den Abschluß des Vertrages. Eine weitere Bedeutung kommt ihr nicht zu. Die Abmachungen, die durch die Gefälligkeit hervorgerufen worden sind, tragen einen eigenen Charakter. Deshalb ist es an sich falsch, den Erweis Gefälligkeitserweis zu nennen, da wir nicht mit Gewißheit feststellen können, ob der Beweggrund wirklich Gefälligkeit ist, oder ob ein anderes Motiv zugrunde liegt. Nur in den Fällen, in denen mit Gewißheit festliegt, daß nur Gefälligkeit der Beweggrund für den Erweis ist, können wir mit Berechtigung von einem Gefälligkeitserweis und entsprechend von einem Gefälligkeitsvertrag reden. Wenn in Folgendem trotzdem von Gefälligkeitserweisen die Rede ist, so ist das einmal getan, weil wir annehmen, daß nur Gefälligkeit der Beweggrund ist, zum anderen, weil der Ausdruck Gefälligkeitsvertrag in der Literatur der allgemein gebräuchliche ist.

Zur Untersuchung steht nicht die Gefälligkeit als Beweggrund, sondern der Gefälligkeitserweis. Nur dieser ist meßbar, daher kommt nur diesem Bedeutung zu. Wir scheiden den Beweggrund aus und erstrecken unsere Untersuchung nur auf den Erweis.

II. Muß der Gefälligkeitserweis notwendig unentgeltlich sein?

Liegt in dem Gefälligkeitserweis wesentlich die Unentgeltlichkeit? Wenn es feststeht, daß etwas aus Gefälligkeit erwiesen ist, so kann das unentgeltlich geschehen sein, braucht es aber nicht. Man kann nicht die Gleichung aufstellen: Gefälligkeitserweis=Unentgeltlichkeitserweis. Die Umstände des einzelnen Falles müssen ergeben, ob ein unentgeltlicher Gefälligkeitserweis vorliegt. Wenn festgestellt ist, daß etwas unentgeltlich erwiesen ist, dann kann man regelmäßig sagen, daß der Beweggrund Gefälligkeit sei. Die Feststellung der Unentgeltlichkeit kann also als Beweis der Gefälligkeit genügen. Man kann nicht sagen, die Gefälligkeit ist ein Beweis für die Unentgeltlichkeit, wohl aber, die Unentgeltlichkeit ist ein Beweis für die Gefälligkeit.

Daß sich aus der Gefälligkeit nicht notwendig die Unentgeltlichkeit ergibt, darauf weißt schon Höniger hin (Band I, Seite 217). Er sagt, daß es ein weitverbreiteter Irrtum sei, daß Gefälligkeitsgeschäfte notwendigerweise unentgeltlich sein müßten, daß im Gegenteil auch voll entgeltliche Geschäfte und insbesondere auch synallagmatische Verträge allein aus Gefälligkeit oder Wohlwollen abgeschlossen werden. So, wenn z. B. der ständige Warenlieferant aus Gefälligkeit eine Ware besorgt, die er sonst nicht führt, oder an der er nichts verdient; so, wenn jemand ein Buch, das vergriffen ist, seinem Freunde zum Einkaufspreis abläßt; so, wenn Hochschulprofessoren eine beliebige Anzahl ihrer Schriften zu Buchhändlerpreisen beziehen (§ 26 Verl. Ges.) und sie ihren Hörern zu diesem Preise ablassen. Diese Geschäfte als Gefälligkeitsgeschäfte anzusprechen, geht m. E. zu weit. Sie stellen sich als reine Kaufverträge dar, bei denen der Beweggrund des Abschlusses — die Gefälligkeit — als ihr Wesen nicht beeinflußend zurücktritt. Bei derartigen aus Gefälligkeit eingegangenen Geschäften ist die Gefälligkeit bestimmend nur für den Abschluß des Vertrages. Eine weitere Bedeutung kommt ihr nicht zu. Die Abmachung trägt ihren eigenen Charakter als Kauf. Alle diejenigen Geschäfte, bei denen für die Leistung eine Gegenleistung bedungen ist, scheiden aus unserer Untersuchung aus. Für uns kommen nur diejenigen Abmachungen

infrage, bei denen für eine Leistung keine Gegenleistung bedungen ist, also nur die sogenannten reinen Gefälligkeitsabmachungen, die unentgeltlich erwiesen werden.

Festzuhalten ist, daß Gefälligkeitserweise nicht notwendig unentgeltlich sein müssen, wie sich aus den vorerwähnten aus Gefälligkeit hervorgerufenen entgeltlichen Geschäften, wie Höniger sie anführt, ergibt; daß man aber bei Feststellung der Unentgeltlichkeit regelmäßig auf Gefälligkeit schließen kann.

III. Die Natur der durch Gefälligkeit entstehenden Beziehungen in Literatur und Rechtsprechung.

Die Natur der durch Gefälligkeit entstehenden Beziehungen ist bestritten. Vielfach wird diesen Gefälligkeitsbeziehungen die Vertragsnatur nicht zuerkannt.

So sagt Enneccerus (§ 251, S. 89), daß es sich „oft vielmehr nur um Erklärungen gesellschaftlicher Natur handelt, die ohne Verpflichtungswillen abgegeben werden. . . . . um gesellschaftliche Gestattungen und Zusagen, welche die gestatteten Handlungen zu nicht widerrechtlichen, sondern gerechtfertigten machen, aber der verpflichtenden Wirkung für den einen oder anderen Teil entbehren".

Kohler (Bd. II, Teil 1, Seite 120) unterscheidet von der Geschäftsbesorgung „Gefälligkeiten des täglichen Lebens, weil sie in Gebieten liegen, die vom Recht nicht berührt werden".

Danz (Jh. Jahrb. Bd. 38, Seite 478 ff.) lehnt bei Gefälligkeiten Verwahrungsvertrag und Leihe ab und nimmt im Anschluß an Iherings Detentionsverhältnis ein Raumprekarium an. „Es liegt eine einfache Gefälligkeit des täglichen Lebens vor, bei welcher man überhaupt irgendeine Verpflichtung garnicht übernehmen will, sich überhaupt dem Rechtszwang nicht unterwerfen will".

Die Rechtsnatur der Gefälligkeitsvereinbarungen bestreiten auch Kuhlenbeck (J. W. 1908, Seite 701; J. W. 1902, Seite 228 f.), Behrend (Recht, Bd. 23, Seite 291), Hartmann (a. a. O. Seite 84), Zabel (a. a. O. Seite 98) und Sugg (Seite 14 f.). Sugg will nur dann einen rechtserheblichen Verpflichtungswillen annehmen, wenn der Gefällige gewußt hat, daß „bei dem Empfänger ein ganz besonderes Interesse an der Erweisung angenommen werden muß". (Seite 15).

Das Reichsgericht (RGE. Bd. 65, Seite 17 ff.) sagt: „Weiter aber ist in der bloßen Gestattung des Mitfahrens an sich überhaupt noch nicht der Abschluß eines obligatorischen Vertrages zu erblicken, sondern ein bloß tatsächlicher Vorgang ohne rechtliche Bedeutung".

Der Kommentar der Reichsgerichtsräte hält an dieser Ansicht fest: „Sind die Dienste aus bloßer Gefälligkeit zugesagt, so liegt überhaupt kein Vertragsverhältnis vor" (vor § 611, Anm. 2; vor § 662, Anm. 2). Vom Auftrag scheidet dieser „die gesellschaftlichen Gefälligkeiten, die nicht in verpflichtender Absicht übernommen werden" (vor § 662, Anm. 3).

In jüngster Zeit noch hat das Oberlandesgericht in Naumburg in seiner Entscheidung vom 17. 12. 1929 in Anlehnung an das Reichsgericht die Vertragsnatur bei Gefälligkeitsvereinbarungen abgelehnt.

In all diesen Ausführungen wird die Vertragsnatur der durch Gefälligkeit entstandenen Beziehungen bestritten, indem gesagt wird: „Es liegt eine einfache Erklärung gesellschaftlicher Natur vor, die nicht in den Kreis des Rechts fällt" oder „die ohne Verpflichtungswillen abgegeben ist". Schon Krückmann (in Jh. Jahr. Bd. 54, Seite 112) hat gegen die Annahme eines bloß tatsächlichen Vorgangs ohne rechtliche Bedeutung beim Mitfahrenlassen das Besitzrecht des Mitfahrenden entgegenstellt. Und auch Danz zeigt durch das Aufstellen eines Raumprekariums das Bemühen, die Rechtlosigkeit in diesen Fällen zu beseitigen.

Andere Meinungen nehmen zwar bei diesen Gefälligkeitsbeziehungen einen Vertrag an, gehen aber in der Ansicht auseinander, ob nun ein neuer besonderer Vertragstyp vorliegt, oder ob er unter die im Gesetz geregelten Vertragstypen fällt, oder ob er eine Zwischenstufe oder Mischform darstellt, oder ob nur ein stillschweigender Ausschluß der Haftung bei Gefälligkeitsverträgen anzunehmen ist.

So stellt von Blume (im Recht, Jahrgang 12, Seite 650 ff.) eine besondere Kategorie des Gefälligkeitsvertrages auf, d. h. „eines Vertrages, durch den man eine Leistung auf sich nimmt, ohne sich dazu zu verpflichten. Er hat zu Gunsten des Empfängers der Gefälligkeit nur die Bestimmung, dessen Handeln rechtmäßig zu machen, und zugleich der Leistung des Gebers einen rechtlichen Grund zu geben, der die Rückforderung wegen ungerechtfertigter Bereicherung ausschließt. Für den Gefälligkeitsempfänger aber hat der Vertrag obligatorische Wirkung; denn „wenn ich jemandem aus Gefälligkeit gestatte, meinen

Wagen zu benutzen, so verpflichte ich ihn selbstverständlich zugleich, die erforderliche Rücksicht auf meine Interessen zu nehmen; er haftet also für eine Beschädigung ....“ (a. a. O. S. 652).

v. Blume konstruiert einen Vertrag, der geeignet ist, dem Vertragsbruch weitgehendst entgegenzukommen. Der Gefälligkeitsnehmer hört Worte, auf die er nicht vertrauen kann. Jeder, der auf diese Worte baut, steht rechtlich genau so da, als hätte er nichts gehört. Zwar hat die Wahrscheinlichkeit[1]) auch einen Wert, und sie spricht dafür, daß der Gefälligkeitsgeber seine Worte erfüllen wird. Allein das Vertrauen auf die Moral genügt nicht zur Sicherheit des gesellschaftlichen Verkehrs. Denn, wenn der Gefälligkeitsgeber der Moral entbehrt, ist es ihm freigestellt, die zugesicherte Leistung zu erfüllen oder nicht. Wenn ich schon einmal jemandem die Zusage mache, ich würde ihn mitfahren lassen, ihn wecken usw., dann muß ich auch wissen, daß ich damit eine Verpflichtung übernommen habe. Sonst kann ich die Zusage ja unterlassen.

Seine Begriffsbestimmung schränkt v. Blume (Seite 652) selbst wieder dahin ein, daß „diese Gefälligkeiten selbstverständlich von solchen Gefälligkeiten geschieden werden müssen, die überhaupt außerhalb der Rechtssphäre bleiben, weil sie nicht bestimmt sind, irgendwelche Wirkung auf Rechtsgüter auszuüben. Hierher würden insbesondere gewisse unentgeltliche Dienstleistungen, wie die Bereitung ästhetischer Genüsse, Tanzengagement oder die Erteilung freundschaftlichen Rates, gehören“. Und nur die Handlungen treten in den Kreis der Rechtshandlungen ein, die „bestimmt sind, eine Einwirkung auf die Person oder das Vermögen eines anderen auszuüben“ (Seite 652). M. E. ist gerade die Erteilung eines Rates, selbst eines freundschaftlichen, wohl geeignet, auf die Person oder das Vermögen eines anderen einzuwirken. Er kann deshalb aus dem Kreis der Rechtshandlungen nicht ausgenommen werden. § 676 BGB. kann hier nicht für oder wider angezogen werden.

Und wenn zuletzt (Seite 653) v. Blume sagt, daß „mit der Gestattung der Benutzung eines Wagens ein Auftrag verknüpft ist,

---

1) Vgl. die nicht acceptierte Anweisung auf Schuld; oder wenn ein Sparkassenbuch vom Gläubiger einem anderen übergeben wird, damit dieser bei der Sparkasse erhebe; oder Cession einer Forderung ohne Bescheinigung gemäß § 410 I oder Anzeige gemäß § 410 II BGB.

sofern der Wagenbesitzer diesen selbst lenkt oder durch einen Angestellten lenken läßt", und er bei Schaden aus dem Auftrage und nicht aus unerlaubter Handlung haftet, dann verkennt er einmal das Wesen des Auftrages (siehe auch Jung in Arch. f. z. Pr. Bd. 117, Seite 61; ders. in Jh. Jahrb. Bd. 69, Seite 79 f.) und gibt die von ihm aufgestellten besonderen Gefälligkeitsverträge, die neben dem im BGB. geregelten Vertragstypen stehen sollen, auf.

Nach Blumes Aufsatz untersuchte Krückmann (in Seuff. Bl. f. R. A. Bd. 74, Seite 113 ff.) die „Gefälligkeitsverträge". Er verwirft gegen Blume die Annahme eines besonderen Typs des Gefälligkeitsvertrages. Die im Gesetz geregelten Vertragstypen: Schenkung, Leihe, Verwahrung und Auftrag seien ausreichend. „Selbst Abwandlungen im Einzelfalle zwingen uns nicht, gegen die offenbare wissenschaftliche Ökonomie neue Vertragskategorien einzuführen; denn wir kommen hier mit dem Begriff der gemischten Verträge vollkommen aus" (Seite 114). „Wer die Mischverträge anerkennt, kommt schlechterdings nie in Verlegenheit" (Seite 116).

Gegen v. Blume und Krückmann wendet sich Hoeniger (Bd. I, Seite 217, 332 f.). Die Aufstellung einer besonderen Kategorie der Gefälligkeitsverträge lehnt er ab, weil auch vollentgeltliche Geschäfte aus Gefälligkeit geschlossen werden können. Krückmann's Ansicht gilt ihm „als eine Überspannung des Problems der gemischten Verträge". Die gemischten Verträge seien Krückmann „ein Allerwelthilfsmittel gegen Subsumptionsschwierigkeiten". Er verstände unter gemischten Verträgen anscheinend Gebilde, die den gesetzlichen Tatbeständen zwar gewisse Momente entnähmen, die aber doch niemals ganz gesetzlichen Tatbestandsstücken entsprächen. Die Beispiele, die er als Mischformen anführe, seien weder gemischte Verträge noch zwischentypische Leistungen. Der Ansicht Hoeniger's ist beizustimmen. Man kann tatsächlich nicht alle vorkommenden Gefälligkeitsverträge in die im Gesetz geregelten Vertragstypen einreihen. Wo soll z. B. ein unentgeltlicher Dienst- oder Werkvertrag eingeordnet werden?

Das Reichsgericht hilft sich mit der Annahme stillschweigender Abmachungen, insbesondere vertraglicher Begrenzung der Haftung (siehe RGE. Bd. 65, 313; 67, 434).

IV. Die durch Gefälligkeitserweise entstehenden Beziehungen sind schuldrechtliche Verträge.

Bei den durch Gefälligkeit entstehenden Beziehungen ist grundsätzlich zu unterscheiden zwischen der Gefälligkeitszuwendung, deren vorherige Zusage vielfach ohne Bindung gemeint sein wird und der Annahme der vollzogenen Gefälligkeit, die für den Empfänger stets gewisse Belastungen, d. h. rechtliche Folgen, mit sich bringt. Es fragt sich, ob die vorherige Zusage der Gefälligkeitszuwendung ohne Bindung gemeint sein wird oder ob dadurch eine rechtliche Verpflichtung entsteht, d. h. ob Zusage und Annahme der Zusage einen Vertrag bilden oder nicht.

Zum gültigen Abschluß eines Vertrages gehören zwei (oder mehrere) auf die Hervorbringung desselben rechtlichen Erfolges gerichtete Willenserklärungen. Wenn also die durch die Gefälligkeit hervorgerufene Vereinbarung einen Vertrag bedeuten soll, so müssen die abgegebenen Erklärungen Willenserklärungen sein, d. h. Antrag und Annahme, aus denen der Vertragsschluß besteht, müssen übereinstimmende, auf einen einheitlichen Rechtserfolg abzielende Willensäußerungen sein. Aus dem Antrag zum Vertragsschlusse muß der Wille des Antragenden zu entnehmen sein, daß zwischen ihm und dem Gegner ein Vertrag bestimmten Inhalts abgeschlossen sein soll, sobald dieser seine Annahme erklärt.

Antrag und Annahme sind Willenserklärungen. Die Willenserklärung setzt sich, wie schon das Wort sagt, aus Wille und Erklärung zusammen. Einer Auslassung über den Streit um die Vorherrschaft der Willens- oder Erklärungstheorie bedarf es hier nicht, da die Klärung dieser Frage nur bei unbewußter Divergenz zwischen Wille und Erklärung von Bedeutung ist. Von einer solchen können wir in den Fällen, in denen aus Gefälligkeit eine Erklärung abgegeben wird, wohl selten sprechen. Und bei einer bewußten Divergenz sagt uns der § 116 BGB., daß das Erklärte maßgebend ist. Die Fälle, in denen der Willenserklärung ein Mangel anhaftet, wie Geschäftsunfähigkeit, Irrtum, Anfechtung des Erklärenden usw., bleiben außer Betracht.

Der Wille muß geäußert werden; denn solange der Wille ein rein innerlicher Zustand bleibt, ist er nicht erkennbar und ohne Wirkung. Er muß erklärt werden, um rechtlich beachtet zu werden. Ob der

Wille ausdrücklich oder durch schlüssige Handlung erklärt wird, ist gleich.

„Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften" (§ 133 BGB.). „Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern" (§ 157 BGB.).

Die Willenserklärungen müssen auf einen bestimmten rechtlichen Erfolg gerichtet sein, d. h. ihnen muß rechtliche Bedeutung beigemessen werden. Wann aber ist eine Willenserklärung rechtserheblicher Natur? Wenn sie unmittelbar darauf hinzielt, einen rechtlichen Erfolg herbeizuführen, der deswegen eintritt, weil er von dem Erklärenden und deshalb von der Rechtsordnung gewollt ist. Es gibt Erklärungen, denen nur tatsächliche Bedeutung zukommt, wie z. B. „ich werde nach x gehen", „wir wollen Freunde sein". Aber unter die tatsächlichen Erklärungen kurzweg alle Willenserklärungen der Freundschaft, Liebe und Religion zu fassen — wie Sugg (S. 12) es tut —, geht nicht an. Denn Gefälligkeitserweise werden sehr häufig gerade aus Liebe, Freundschaft und auch aus religiösen Beweggründen erwiesen. Was sind denn „gesellschaftliche Gefälligkeiten" meist anders als „freundschaftliche Gefälligkeiten"? Die Erklärung darf also nicht tatsächlicher Natur sein, sondern muß — rein äußerlich genommen — unmittelbar auf einen bestimmten Rechtserfolg gerichtet sein. Ob sich der Wille wirklich auf den Rechtserfolg richtet, den das Gesetz an das Rechtsgeschäft knüpft, ist für den Begriff des Rechtsgeschäfts bedeutungslos. Die Erklärung muß objektiv betrachtet unmittelbar darauf hinzielen, einen rechtlichen Erfolg herbeizuführen.

So sind beim Mitfahrenlassen die Willenserklärungen darauf gerichtet, die Benutzung des Platzes zu einer rechtmäßigen zu machen und die Anwendung der sonst zustehenden Schutzmittel gegen verbotene Eigenmacht auszuschließen. (So richtig Rathey, Seite 11 f.; gegen Sugg Seite 12 f. und RGE. Bd. 65, Seite 17 ff.). So soll in dem Falle, daß mein Nachbar mein Grundstück als Durchgang zu seinem hinter meinem Grundstück gelegenen Garten benutzt, die Benutzung zu einer rechtmäßigen gemacht werden. So soll in den Fällen, daß ich mein Opernglas, meinen Trinkbecher aus Gefälligkeit hergebe, die Widerrechtlichkeit der ansonstigen Benutzung ausgeschlossen werden. Daß die Erklärungen, die aus Gefälligkeit mit Bezug auf einen

solchen Rechtserfolg abgegeben werden, Willenserklärungen sind, kann wohl nicht bestritten werden. Den Willenserklärungen ist rechtliche Bedeutung beizumessen. Sowohl der Antrag als auch die Annahme zielen auf denselben rechtlichen Erfolg — bei den vorhergehenden Beispielen auf den Ausschluß der Widerrechtlichkeit — hin. Sie sind als Willenserklärungen zu bewerten, die geeignet sind, bei Übereinstimmung einen Vertrag zu bilden.

Stimmen die Willenserklärungen überein und sind mit Bezug aufeinander abgegeben, dann ist ein Vertrag zustande gekommen. Denn Antrag und Annahme müssen übereinstimmen, nur die Übereinstimmung bringt den Vertrag zustande. Sie müssen mit Bezug aufeinander abgegeben sein. In den angeführten Beispielen, die sich beliebig vermehren lassen, stimmen die Willenserklärungen darin überein, die Widerrechtlichkeit auszuschließen. Sie sind mit Bezug aufeinander abgegeben worden.

Es liegt also bei solchen aus Gefälligkeit hervorgerufenen Beziehungen ein Vertrag vor. Es ist nicht nötig, daß zum Vertragsabschluß eine Willenserklärung, um rechtserheblich zu sein, unbedingt verpflichtender Natur sein muß (so Sugg, Seite 12). Zum Vertragsschluß genügen rechtserhebliche Willenserklärungen. Verpflichtend müssen sie nur dann sein, wenn ein schuldrechtlicher Vertrag entstehen soll, und selbst dann kann es sein, daß die Verpflichtung nur die eine vertragsschließende Seite betrifft, während der Vertragsgegner nur berechtigt wird.

Jeder Vertrag enthält eine Einigung. Es fragt sich nur, worüber eine Einigung erzielt worden ist. Einigen sich die Parteien über die Begründung einer Verpflichtung, dann liegt ein schuldrechtlicher Vertrag vor. § 305 BGB. bestimmt, daß zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft ein Vertrag erforderlich sei, „soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt". „Alle aus Rechtsgeschäft entspringende Schuldverhältnisse . . sind Schuldverträge, sie entstehen aus vertraglicher Einräumung des Verpflichteten" (vgl. Jung in Jh. Jahrb. Bd. 69, Seite 61).

Liegt nun bei allen Gefälligkeitsabmachungen eine Einigung über die Begründung einer Verpflichtung vor? Wenn man von einem anderen einen Gefälligkeitserweis erbittet, so will man ihn verpflichten, seine Zusage auch wirklich zu erfüllen. Wenn man aus Gefälligkeit einem anderen etwas zusagt, so will man sich auch ver-

pflichten, die Zusage wirklich zu erfüllen; es sei denn, daß man einen Verpflichtungswillen praktisch erkennbar ausschließt. Man könnte hier den Vorwurf erheben, daß man die Gefälligkeit doch eigentlich als praktische Ausschließung des Verpflichtungswillens betrachten müsse. Diesem Vorwurf ist entgegenzuhalten, daß die Gefälligkeit keineswegs einer vertraglichen Verpflichtung und Bindung entgegensteht, nnd daß sie keineswegs einen praktischen Ausschluß des Verpflichtungswillens bedeuten muß. Es ist nicht einzusehen, weshalb eine aus Gefälligkeit eingegangene Beziehung nur ein tatsächlicher Vorgang bleiben soll ohne Rechtsschutz. Etwa aus dem Grunde, weil aus Gefälligkeit eine Leistung zugesichert wird oder ein Dulden oder Unterlassen versprochen wird? Weil die Gefälligkeit dazu antreibt, daß man etwas ohne Gegenleistung tut? Wenn ich mich, und sei es wirklich, ohne ein anderes Äquivalent als die Befriedigung über mein Tun zu erwarten, mit dem anderen befasse, wenn ich für ihn etwas tun will, dann muß ich auch ein gewisses Maß von Verpflichtung auf mich nehmen. Jedenfalls muß über das Vertrauen auf die moralische Gesinnung des Gefälligkeitsgebers hinaus noch das Vertrauen auf den Rechtsschutz gegeben sein. Das ist notwendig zur Sicherung des vertrauenden Gefälligkeitsnehmers.

Meist wird auf seiten des Gefälligkeitsempfängers der Wille vorliegen, den Gefälligkeitsgeber an sein einmal gegebenes Wort binden, ihn also verpflichten zu wollen. Der Gefälligkeitsgeber abermacht seine Zusage nicht mit dem Willen sie nicht zu erfüllen sondern mit dem Willen, daß der Gefälligkeitsempfänger auf sein einmal gegebenes Wort vertrauen kann. Der Gefälligkeitsgeber hat den Willen, seine Zusage zu erfüllen, undsein Wille steht auch dem nicht entgegen, verpflichtet zu werden. Macht er seine Zusage, ohne seinen Verpflichtungswillen erkennbar auszuschließen, und handelt er nachher gegen sein ursprüngliches Tun, so verstoßt er unter Umständen gegen Treu und Glauben. Somit würde § 242 BGB. in diesem Zusammenhang nicht nur als Auslegungsregel, sondern als Rechtssatz zu werten sein.

Diese Gedankengänge finden wir schon in den gemeinrechtlichen Figuren des pactum de mutuo dando und des pactum de commodando. Hier wurde durch die Vereinbarung eines solchen pactum der von der einen Partei gewünschte Erfolg nicht unmittelbar durch den Abschluß der Vereinbarung geschaffen, vielmehr bot das pactum de commodando oder de mutuo dando dem späteren Darlehnsnehmer

oder Entleiher die Gewähr, daß der Vertragsgegner im vereinbarten Zeitpunkt verpflichtet war, den vorgesehenen Realvertrag (Darlehen, Leihe) mit ihnen abzuschließen.

Diese gemeinrechtlichen Figuren sind im geltenden Recht nicht verdrängt worden. Das pactum de mutuo dando ist im § 611 BGB. gesetzlich festgelegt. Das pactum de commodando ist, wenn auch nicht gesetzlich geregelt, so doch allgemein anerkannt. Mit der Feststellung, daß diese gemeinrechtlichen Figuren im geltenden Recht weiterhin anerkannt sind, ist für die Gefälligkeitsbeziehungen kein Fortschritt erzielt; denn es bleibt in jedem Einzelfall festzustellen, ob die Parteien sich in dieser Form binden wollen. Und es darf nicht übersehen werden, daß die Leihe und auch das Darlehen in sehr vielen Fälleu die kleinen Gefälligkeiten des täglichen Lebens zum Gegenstande haben, und hierbei der schlüssige Wille, sich rechtlich zu binden, nicht immer feststellbar ist (vgl. hierzu Vorbem. 2 zu § 598 RGRK.).

Daher können uns das pactum de mutuo dando und das pactum de commodando in unserer Untersuchung nicht fördern, vielmehr ist aus dem bisherigen Ausführungen der allgemeine Satz zu folgern: Gefälligkeitszuwendungen erzeugen dann rechtliche Bindung, wenn der Empfänger der Gefälligkeit nach Treu und Glauben die Erfüllung der Gefälligkeit erwarten durfte. Der Umfang der rechtlichen Bindung des Versprechenden würde im Anschluß an den Gedanken des venire contra factum proprium sich aus dem Rechtssatz des § 242 BGB. in den meisten Fällen als ein Ersatz des Vertrauensschadens darstellen.

Dasselbe muß aber auch gelten für den Empfänger der Gefälligkeit; denn die Zuwendung ist nur geschehen im Vertrauen auf das ordnungsgemäße Verhalten des Empfängers. Für das Maß der Haftung müssen auch hier die Gedankengänge aus § 242 zugrunde gelegt werden.

Kann man nunmehr sagen, daß bei allen Gefälligkeitsabmachungen die Einigung über die Begründung einer Verpflichtung entsteht? Es gibt tatsächlich Gefälligkeitsabmachungen, bei denen die Begründung einer Verpflichtung, wenn nicht der Verpflichtungswille erkennbar hervortritt, nicht angenommen werden kann, wie z. B. das Versprechen des ersten Walzers oder das Versprechen eine Dame nach Hause zu begleiten. Die Abgrenzung der Ge-

fälligkeitabmachungen, die verpflichtender Natur sind, von denen, die nicht verpflichtender Natur sind, ist schwierig. Man kann im allgemeinen sagen, daß Erklärungen rein gesellschaftlicher Natur, wie das Versprechen eines Walzers, niemals eine Verpflichtung begründen, es sei denn, daß durch die Nichterfüllung des Versprechens dem anderen ein Vermögensschaden entsteht.

Man kann sagen, daß eine Einigung über die Begründung einer Verpflichtung bei all den Gefälligkeitsabmachungen des täglichen Lebens nicht entsteht, die rein gesellschaftlicher Natur und nicht geeignet sind, das Vermögen des anderen, sei es durch ein Opfer oder eine Bereicherung, zu berühren,

V. Über die im Bürgerlichen Gesetzbuch geregelten Gefälligkeitsverträge.

Alle Gefälligkeitsverträge sind schuldrechtliche Verträge mit Verpflichtung und Bindung. Die Schuldverträge werden eingeteilt (nach Jung in Arch. f. Ziv. Prax. Bd. 117, Seite 58, ders. in Jh. Jahrb. Bd. 69, Seite 30 ff.) nach einem zweifachen Unterscheidungsmerkmal: 1. nach der Art der Willensverbindung, ob unentgeltlich oder entgeltlich; 2. nach dem Gegenstand der Verschaffung, Sache, Sachnutzung, Dienste. Genauer ausgedrückt muß es lauten: „ob es sich um entgültige Übertragung eines Wertes, um zeitweilige Überlassung eines Gegenstandes, also auf Rückgabe, handelt, oder drittens um Indienststellung des Willens des Schuldners zu einem bestimmten Handeln oder Nichthandeln. Diese drei verschiedenen Gegenstände können nun entgeltlich oder unentgeltlich versprochen sein. Daraus ergeben sich sechs Gruppen: 1. entgeltliche Verschaffung eines Gegenstandes (Kauf, Tausch); 2. unentgeltliche (Schenkung); 3. entgeltliche Überlassung eines Gegenstandes (Miete, Pacht, verzinsliches Darlehen); 4. unentgeltliche Überlassung eines Gegenstandes auf Zeit (Sachleihe, zinsloses Darlehen); 5. entgeltliche Leistung von Diensten (darunter fallen Dienstvertrag, Werkvertrag und noch eine Anzahl benannter Formen mit besonders bezeichneter Art der Dienste); 6. unentgeltliche Leistung von Diensten (darunter fallen Auftrag, Geschäftsführung, unentgeltliche Verwahrung)“.

Diese Ausführung ist erschöpfend. Wir haben es, da der Gefälligkeitsvertrag unentgeltlich ist, zu tun mit der Schenkung, der Sachleihe, dem zinslosen Darlehen, dem Auftrag, der Geschäftsführung,

der unentgeltlichen Verwahrung. Diese Vertragstypen sind im Gesetz ausdrücklich geregelt. Stellt sich ein Gefälligkeitsvertrag als einer dieser Vertragstypen dar, so sind m. E. die gesetzlichen Vertragsnormen ohne Einschränkung darauf anzuwenden.

Es ist also in jedem vorkommenden Falle zu prüfen, ob der vorliegende Tatbestand sich unter einen der in BGB. geregelten Vertragstypen subsummieren läßt. In den Fällen, in denen aus Gefälligkeit ein Gegenstand unentgeltlich verschafft worden ist, liegt immer Schenkung vor. Der Begriff der Schenkung ist in § 516 BGB. gesetzlich festgelegt. Der Schenker muß aus seinem Vermögen d. h. durch ein Vermögensopfer den anderen bereichern, und beide Teile müssen darüber einig sein, daß die Zuwendung unentgeltlich erfolgt. Ob Bereicherung vorliegt, darüber entscheiden objektive Gesichtspunkte, für die Unentgeltlichkeit ist der subjektive Standpunkt der Beteiligten maßgebend. Auf den Beweggrund des Schenkers und auf die Absicht, im Endergebnis dem Beschenkten eine Bereicherung zu gewähren, kommt es für den Rechtsbegriff der Schenkung nicht an. Maßgebend ist, ob der Zuwendung eine Rechtsverpflichtung des Leistenden zugrunde liegt oder nicht, und ob eine Gegenleistung da ist oder nicht. Auf der Hand liegt das bei dem Schenkungsversprechen. Schwieriger ist es bei der Handschenkung auseinander zu halten. Bei dieser fallen Schenkungsversprechen und Verschaffung des Gegenstandes zeitlich zusammen. Jedoch liegt auch hier eine Rechtsverpflichtung des Leistenden vor wie aus §§ 524 I, 523 I heraorgeht; der Haftung des Schenkers für Rechts- und Sachmängel.

Da wir festgestellt haben, daß bei einer aus Gefälligkeit eingegangenen Beziehung ein verpflichtender Vertrag zugrunde liegt, und daß das Maßgebende bei der Schenkung die Rechtsverpflichtung des Leistenden und das Fehlen der Gegenleistung ist, so liegt in all den Fällen, in denen aus Gefälligkeit ein Gegenstand zu Eigentum verschafft wird, stets Schenkung vor.

Arndt (in J. W., 58. Jahrg., Heft 14, Seite 898 ff.) regt an, bei der Kraftfahrzeug-Gefälligkeitsfahrt diese als Schenkung aufzufassen. Das kann m. E. nicht zutreffen. Zwar liegt bei der Gefälligkeitsfahrt eine Rechtsverpflichtung vor, auch ist eine Gegenleistung nicht bedungen, aber die Zuwendung muß aus dem Vermögen des Leistenden erfolgen. Man könnte zwar sagen, daß die Hingabe des verbrauchten Betriebsstoffes und die Abnutzung des Wagens als

Zuwendung aus dem Vermögen anzusehen sei; aber das Wesentliche der Gefälligkeitsfahrt sind nicht diese Aufwendungen, sondern die Leistung des Gefälligkeitsgebers. Die Kraftfahrzeug-Gefälligkeitsfahrt stellt sich je nach dem erstrebten Erfolge als unentgeltlicher Dienstvertrag oder unentgeltlicher Werkvertrag dar. Sie als Schenkung zu bezeichnen, wäre verfehlt.

Unter den Begriff der Schenkung fallen auch die auf Gefälligkeit beruhende Erfüllung einer fremden Schuld, wenn sie im Einverständnis mit dem Schuldner erfolgt, und der auf Gefälligkeit beruhende Schulderlaß. Denn in beiden Fällen wird jemand durch eine Zuwendung aus dem Vermögen eines anderen mit seiner Zustimmung bereichert.

Es wäre an dieser Stelle noch kurz auf den Gedanken des venire contra factum proprium hinzuweisen (vgl. Lehmann Seite 199 f.). Denn es ist möglich, daß der Gefälligkeitsgeber ein Schenkungsversprechen macht, ohne daß die gesetzliche Form des § 518 BGB gewahrt wird, sei es, daß er den Nehmer unter Hinweis auf seine Gefälligkeit vom Abschluß eines formgerechten Vertrages abgehalten hat oder sich auf den formlosen Vertrag von vornherein in der Absicht eingelassen hat, später die Nichtigkeit geltend zu machen. Eine solche Berufung auf einen Formmangel verstößt nach der Ansicht des Reichsgerichts gegen Treu und Glauben und ist daher nicht zulässig. Das Reichsgericht (RGE. Bd. 96, 315; 107, 180; 115, 35; 117, 121.) sagt, daß es sogar unzulässig sei, wenn sich der eine Teil, ohne vorerst arglistig gehandelt zu haben, nachträglich auf den Formmangel beruft. Es sieht die Unzulässigkeit schon darin, wenn der die Nichtigkeit geltendmachende Teil den anderen vorher ohne Böswilligkeit durch sein Verhalten schuldhaft in den Irrtum versetzt oder in dem Irrtum erhält, daß der Vertrag auch formlos gültig sei (culpa in contrahendo).

Wird ein Gegenstand aus Gefälligkeit unentgeltlich auf Zeit verschafft, so liegt entweder zinsloses Darlehen oder Leihe vor.

Das zinslose Darlehen (§ 607 BGB) ist dann gegeben, wenn dem Darlehensnehmer „vertretbarer" Sachen der Verbrauch gestattet ist mit der Verpflichtung, Sachen gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerstatten. Der Darlehensnehmer wird unmittelbarer Besitzer der Sache. Ein Darlehen ist es, wenn eine Hausfrau sich von einer Nachbarin Eier „borgt".

Gegenstand der Leihe sind bewegliche und unbewegliche Sachen. Aus dem § 604 BGB und aus dem Charakter der Leihe als Realkontrakt hat man geschlossen, daß Leihe nur dann vorliegen kann, wenn der Entleiher Besitz an der Sache erlangt hat. Das ist richtig. Man hat nun daraus, daß man bei den aus Gefälligkeit verschafften Sachen diese jederzeit zurückverlangen kann, geschlossen, daß nur ein momentanes Detentionsverhältnis im Sinne des § 855 BGB vorliege, daß die Beziehungen zwischen Geber und Nehmer, selbst wenn man von dem Vorliegen oder Nichtvorliegen eines Verpflichtungswillens absehe, kein Leihvertrag sein könne. Aus der jederzeitigen Widerruflichkeit ist aber nicht zu schließen, daß nur ein Verhältnis gemäß § 855 BGB. vorliege. Der Entleiher wird unmittelbarer Besitzer. Da Alleinbesitz auf seiten des Entleihers nicht erforderlich ist, sondern Mitbesitz genügt, entstehen in all den Fällen, in denen aus Gefälligkeit eine Gegenstandsverschaffung auf Zeit vorliegt, Leihverträge. Das schließt auch die jederzeitige Widerruflichkeit nicht aus. In § 604 BGB. ist das jederzeitige Rückforderungsrecht des Verleihers festgelegt. Kann eine Einigung nicht stattfinden, so helfen uns § 604 BGB. in Verbindung mit § 157 BGB.

Das Unterstellen eines Fahrrades, das Lagern von Hölzern auf einem Platze, die Hingabe eines Opernglases, eines Trinkbechers, eines Taschenmessers ist immer dann als Leihe anzusehen, wenn eine unentgeltliche Verschaffung auf Zeit vorliegt.

Unter die unentgeltlich aus Gefälligkeit erwiesenen Dienste fallen zunächst, als im Gesetz geregelt, die Verwahrung und der Auftrag.

Die Verwahrung ist ein Vertrag, durch den sich der Verwahrer verpflichtet, die ihm übergebene Sache für den Hinterleger unentgeltlich zu verwahren (§ 690 BGB). Die Verwahrung erfordert eine Tätigkeit. Wer einen Hausgenossen bittet, wegen Platzmangels einige Möbelstücke auf dessen Boden zu stellen zu dürfen und die Erlaubnis dazu erhält, schließt mit diesem keinen Verwahrungsvertrag, sondern einen Leihvertrag. Übernimmt der Hausgenosse es aber aus Gefälligkeit, die Möbel zu bewachen, darauf zu achten, so liegt ein Verwahrungsvertrag vor. Übergebe ich jemanden meinen Hut zum Halten, während ich Ball schlage, oder bitte ich ihn, auf meine Kleider zu achten, da ich baden möchte, so schließe ich mit ihm einen Verwahrungsvertrag. Zwischen mir und dem Gefälligen besteht ein Besitzverhältnis gemäß § 868 BGB.

Besteht der Erweis der Gefälligkeit in einer Geschäftsbesorgung, d. h. in einer selbständigen Tätigkeit rechtlicher oder tatsächlicher Natur, die im Interesse eines anderen vorgenommen wird und auf dessen Vermögen einzuwirken bestimmt ist, so haben wir es mit einem Auftrag zu tun (§ 662 BGB.). Das Geschäft muß einen wirtschaftlichen Charakter tragen. Es muß eine Tätigkeit vorliegen, die Gegenstand der Besorgung ist. Ein bloßes Gewährenlassen, ein Dulden ist keine Tätigkeit. Wird aus Gefälligkeit ein Geschäft besorgt, so ist der vorliegende Vertrag nach den Vorschriften des Auftrags zu behandeln.

Wo es feststeht, daß der konkrete Tatbestand sich unter eine der im Gesetz geregelten Vertragstypen subsummieren läßt, ist von der Ausstellung eines besonderen Vertragstys abzusehen. Liegt ein gemischter Vertrag vor, so ist er nach den Regeln, nach denen ein gemischter Vertrag behandelt wird, zu behandeln [1]). Die Rechte und Pflichten, die Haftung und Schadensersatzpflicht richten sich nach den Vorschriften des Gesetzes. Eine Einschränkung der Haftung tritt nicht ein. Der Einwand, daß wegen der Gefälligkeit eine Einschränkung stattfinden müsse, erledigt sich damit, daß das Gesetz ausdrücklich die Unentgeltlichkeit anführt und berücksichtigt. Da wir festgestellt haben, daß die Unentgeltlichkeit Gefälligkeit bedeutet, so sind die geregelten Verträge Gefälligkeitsverträge und dürfen nicht abgeändert werden; es sei denn, daß die Parteien ein anderes vereinbaren.

Daß das BGB. beim Auftrag trotz der Unentgeltlichkeit dem Beauftragten die volle Haftung auch für Fahrlässigkeit auferlegt, ist an sich zu streng, aber zur Sicherung des rechtsgeschäftlichen Verkehrs geschehen. Dagegen läßt es den Schenker nach § 521 und den Verleiher nach § 599 BGB. nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, den unentgeltlichen Verwahrer nur für Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten haften (§ 690 BGB.). Auf alle Gefälligkeitsverträge nur die Haftung für Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten eintreten zu lassen, widerspricht dem Gesetz und kann auch nicht als billig angesehen werden. Denn, wenn man sich mit dem Vermögen oder der Person

---

1) Nach herrschender Lehre (Kombinationstheorie) (vgl. RGE. 82, 427; 94, 74; 108, 368; RG. in J. W. 1926, 1949; Enneccerus I, 2, Seite 294 u. a. m.) kommt für die gemischten Verträge die jeweils in Frage stehenden Vertragstypen zur Anwendung (a. A. Höniger, der auf dem Standpunkt der Absorptionstheorie steht).

eines anderen befaßt, ist es für jeden anständigen Menschen geboten und daher auch gesetzgeberisch zu fordern, daß der Handelnde alle Sorgfalt anspannt.

VI. Über die im Gesetz nicht geregelten sogenannten „unbenannten Verträge", die aus Gefälligkeit entstehen.

Zur Untersuchung stehen noch die Gefälligkeitsverträge, die ihre Regelung nicht ausdrücklich im Gesetz gefunden haben. Daß es solche Verträge gibt, zeigt schon die Überschrift „einzelne Schuldverhältnisse", wodurch der Gesetzgeber hat sagen wollen, daß sehr wohl Schuldverträge möglich seien, die den im Gesetz geregelten Vertragstypen nicht entsprächen. Wir wollen diese Verträge als „unbenannte Verträge" ansprechen; unbenannt eben deswegen, weil sie im Gesetz keine Bezeichnung erfahren haben, sich aber doch als Schuldverträge darstellen.

Wir haben zu zeigen versucht, daß bei allen aus Gefälligkeit entstehenden Beziehungen, außer bei denen, die rein gesellschaftlicher Natur und nicht geeignet sind, das Vermögen des anderen zu berühren, Schuldverträge vorliegen. Ein großer Teil dieser Schuldverträge ist im Gesetz geregelt, ein weiterer Teil nicht. Diese letzteren Verträge lassen sich nicht unter oder in die Nähe eines geregelten Vertrags unterbringen, sondern sind Verträge eigenen Charakters, auf die Spezialnormen der besonderen Schuldverhältnisse anzuwenden schlechterdings unmöglich ist.

Das Gesetz gibt uns die Möglichkeit, diesen „unbenannten Verträgen" rechtliche Behandlung zukommen zu lassen nur in seinen allgemeinen Lehren über Rechtsgeschäfte und Schuldverhältnisse in seinem ersten und zweiten Buche. Es ist nicht richtig, wenn Rathey (Seite 23 f.) die Auffassung vertritt, daß wir „auf die Gefälligkeitsverträge eigener Art die Vorschriften der ihnen ähnlichen, im Gesetzbuch geregelten Gefälligkeitsverträge anwenden" müßten. Es ist unrichtig, auf die unentgeltliche Gestattung des Gebrauchs eines Gegenstandes und des Genusses der Früchte (unentgeltlicher Pachtvertrag) die §§ 581—597 BGB. sinngemäß anzuwenden (a. a. O. Seite 23). Diese unentgeltliche Gestattung ist ein anderes Gebilde als der entgeltliche Pachtvertrag des BGB. Pflichten und Rechte des Verpächters und des Pächters sind im Gesetz festgelegt immer unter dem Gesichtspunkt der Entgeltlichkeit. Ebenso steht es bei dem Dienstvertrag,

dem Werkvertrag, Jagdpachtvertrag, Fischereipachtvertrag. Die Entgeltlichkeit ist von ihnen nicht zu lösen. Es treten deshalb bei der Beurteilung eines z. B. sogenannten unentgeltlichen Dienstvertrages andere Gesichtspunkte hervor, als bei der Beurteilung eines entgeltlichen Dienstvertrages. Der entgeltliche und unentgeltliche Dienst-, Werkvertrag usw. haben nur die gegenständliche Art der Leistung des Gebers gemein, sonst nichts. Die Leistung des unentgeltlichen Diensterweisenden ist dieselbe, wie die des entgeltlich Diensterweisenden. Wir können nur diese festgelegten Begriffe dem Gesetz entnehmen, um von den anderen „unbenannten Gefälligkeitsverträgen" eine Abgrenzung zu haben. Eine andere Vorschrift des Gesetzes, das diese Verträge bei Entgeltlichkeit regelt, auf sie bei Unentgeltlichkeit anzuwenden, wäre verfehlt. Wir müssen also, um den Verträgen rechtliche Behandlung zukommen lassen zu können, die Vorschriften herausheben, die angewandt werden können.

Auf die Entstehung eines unbenannten Gefälligkeitsvertrages finden die Bestimmungen des ersten Buches Anwendung die im dritten Abschnitt unter dem Titel „Rechtsgeschäfte" stehen, also die Bestimmungen hinsichtlich der Geschäftsfähigkeit, der Willenserklärung, des Vertrages usw. Da die Gefälligkeitsverträge Schuldverträge sind, so sind die Vorschriften des zweiten Buches, 2. Abschnitt „Schuldverhältnisse aus Verträgen" anzuziehen. Für die Auslegung kommen in Frage die §§ 133 BGB. und 157 BGB., wonach „Verträge so auszulegen sind, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern". Auf die Begriffe der Verkehrssitte und Treu und Glauben braucht nicht eingegangen zu werden, da sie hinreichend bekannt und geklärt sind. Diese Paragraphen sind das wichtigste Hilfsmittel für die Auslegung der Gefälligkeitsverträge und die Feststellung ihrer Art.

Für die Leistung des Gefälligkeitsgebers kommen die Vorschriften der §§ 241 ff. BGB. in Frage. Unter diesen ist besonders hervorzuheben der § 242 BGB.: „Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern".

§ 242 BGB. ist ein Angelpunkt des Bürgerlichen Gesetzbuches. Der Gläubiger kann Erfüllung nur so verlangen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Damit ist ein Grundsatz aufgestellt, der auf alle Ansprüche Anwendung

findet. § 242 BGB. ist heute als Rechtssatz anerkannt. Aus ihm leitet sich die exceptio doli in ihrer heutigen Gestalt ab, aus ihm ergibt sich die clausula rebus sic stantibus, aus ihm die Verpflichtung, eine Tatsache einem anderen mitzuteilen, also die Anzeige- oder Aufklärungspflicht; aus ihm die Verpflichtung, Rechtsgüter des Gläubigers oder eines Drrtten in einem bestimmten Zustande zu erhalten, aus ihm die Unzulässigkeit des Widerspruchs mit seinem früheren Verhalten (Grundsatz des venire contra factum proprium). (Man vergl. zu § 242 BGB. die umpfangreiche Literatur der Wissenschaft und der Rechtsprechung).

§ 242 BGB. gibt uns die objektive Begrenzung des Gefälligkeitserweises. § 242 in Verbindung mit § 157 BGB. genügen zur Feststellung der zumutbaren Leistung nach Treu und Glauben aus dem Vertrage. Aus ihnen ist auch das Kündigungsrecht und Rückforderungsrecht abzuleiten, wenn von den Parteien nichts bestimmt ist.

Aus den §§ 241 ff. BGB. bestimmt sich die Verpflichtung zur Leistung, die Schadenersatzpflicht, die Haftung für den Erfüllungsgehilfen usw.

§ 276 BGB. bestimmt, daß „der Schuldner, sofern nicht ein anderes bestimmt ist, Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hat". Die meisten Gefälligkeitsverträge (nicht bei Auftrag, vergl. oben) des Gesetzes beschränken die Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit — ein Ausgleich für die Unentgeltlichkeit. Es wäre unbillig, bei den sogenannten unbenannten Gefälligkeitverträgen die Haftung für jede Fahrlässigkeit eintreten zu lassen. Es dürfte wohl das Richtigste sein und der Billigkeit am meisten entsprechen, wenn wir die Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränken. Rathey (Seite 24) regt an, die Haftung, ähnlich wie beim Verwahrungsvertrage, nur auf die Haftung in eigenen Angelegenheiten zu beschränken. Das geht m. E. generell zu weit. Wenn ich z. B. auf der Landstraße einen Bekannten treffe, der mit seinem Kraftwagen denselben Weg fährt, wie ich ihn habe, und er mich auf meine Bitte mitfahren läßt, dann ist es nicht richtig, wenn dieser, der sonst ein tollkühner Fahrer ist, in derselben Art fährt wie gewöhnlich. Er kann für seine Person tun und lassen, was immer er will; es bleibt ihm unverwehrt. Übernimmt er es aber, einen anderen zu fahren, dann muß er mehr Sorgfalt anwenden, als er in eigenen Angelegenheiten aufzubringen pflegt; denn nun steht nicht mehr

nur sein eigenes Leben, sondern auch das Leben und die Gesundheit eines Dritten auf dem Spiel. Es wäre nicht richtig, die Haftung auf die Sorgfalt in eigenen Angelegnheiten zu beschränken, sondern auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit. Es bleibt im einzelnen den Parteien überlassen, die Haftung zu beschränken unter Achtung auf die Vorschrift des § 276, II BGB. Zu demselben Ergebnis gelangt man auch durch die Anwendung des § 277 BGB.

Als Arten solcher sogenannter unbekannter Gefälligkeitsverträge haben wir den unentgeltlichen Dienstvertrag, Werkvertrag, Jagdvertrag, Fischereivertrag. Diese sind in der oben dargelegten Weise zu behandeln, wen sie unentgeltlich aus Gefälligkeit geschlossen werden.

Schluß.

Wir haben versucht, die rechtliche Natur der durch Gefälligkeit entstehenden Beziehungen darzulegen, und auch jenen Verträgen, denen eine Stellung im Gesetz nicht ausdrücklich gegeben ist, ihre rechtliche Behandlung zuzuweisen. Man könnte entgegenhalten, daß die Auffassung, jede Gefälligkeit ziehe notwendig einen Vertrag nach sich, dazu führe, daß nunmehr keine Gefälligkeiten mehr erwiesen würden aus Angst vor irgendwelchen Schadenersatzpflichten. Diese Auffassung ist nicht richtig. Wenn, wie schon gesagt, sich jemand mit einem anderen befaßt oder auf dessen Vermögen durch Zusagen des täglichen Lebens z. B. zu einer Einladung einwirkt, dann soll ein gewisses Maß von Gebundenheit vorliegen. Es bleibt ihm ja unbenommen, eine Verpflichtung abzulehnen.

Die Auffassung, daß bei allen Gefälligkeitsabmachungen außer den Abmachungen rein gesellschaftlicher Natur ein Vertrag vorliegt, bringt keine Lähmung des gesellschaftlichen Verkehrs, wohl aber eine erhöhte Rechtssicherheit und eine moralische und eine wirtschaftliche Stärkung.

Lebenslauf.

Ich, Paul Heinrich Wallraven, katholischer Konfession, bin am 22. Juni 1902 zu Wattenscheid in Westfalen als Sohn des Beigeordneten nnd Stadtbaurats Peter Wallraven und seiner Ehefrau Katharina, geb. Maas, geboren.

Nach Besuch der kath. Volksschule und des städt. Gymnasiums zu Wattenscheid bestand ich 1923 die Reifeprüfung. Ich ergriff das Studium der Rechts- und Staatswissenschaften, studierte an den Universitäten Köln, Münster und Marburg und bestand, nachdem ich vom 1. August 1923 bis 1. August 1925 eine bankfachliche Ausbildung an der Kommerz- und Privatbank in Wattenscheid erhalten hatte, am 19. Oktober 1929 die erste juristische Staatsprüfung am Oberlandesgericht Kassel. Vom 22. April 1930 bis 1. November 1930 war ich bei der Kreiskommunalverwaltung des Landkreises Iserlohn beschäftigt.

Am 22. Dezember 1930 bestand ich die juristische Doktorprüfung an der Universität Marburg.